

บทที่ 4

ประเด็นปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์โดยผู้สร้างสรรค์ในงานศิลปกรรมภาพวาด ที่ตนเองเป็นผู้สร้างสรรค์

โดยหลักทั่วไปแล้วเมื่อผู้สร้างสรรค์มีความคิดริเริ่มและได้มีการสร้างสรรค์งานนั้นขึ้นมา เป็นงานที่สามารถรับรู้และเข้าใจได้ ผู้สร้างสรรค์ก็จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น งานศิลปกรรมก็เช่นเดียวกันเมื่อสร้างสรรค์งานขึ้นผู้สร้างสรรค์ก็ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในงานศิลปกรรมที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น เมื่อพิจารณาถึงงานศิลปกรรมก็เป็นศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับศิลปะ ต่อมาก็ได้มีการบัญญัติกฎหมาย มารองรับเพื่อคุ้มครองงานดังกล่าวเหล่านั้น แต่ก็ยังพบประเด็นที่ยังคงเป็นปัญหาอยู่ที่การรับรอง คุ้มครองสิทธิ หน้าที่ รวมทั้งมาตรการในการคุ้มครองป้องกันเรื่องดังกล่าว ดังนี้

4.1 ปัญหาในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมที่เหมือนหรือคล้ายกับ งานศิลปกรรมภาพวาดเดิมของตน

การที่จะเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 ได้ให้คำนิยามไว้ว่า “ผู้สร้างสรรค์” ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงาน อันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ และพระราชบัญญัตินี้ และพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ให้คำนิยาม “ลิขสิทธิ์” ไว้ว่า สิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะทำการใดๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น จากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายได้กำหนดการเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้ จึงอาจให้ความหมาย ของผู้สร้างสรรค์ได้ว่า “ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น” เมื่อกฎหมาย กำหนดว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ คือ ผู้สร้างสรรค์ จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่ากรณีใดที่จะถือว่าเป็นการ สร้างสรรค์อาจแบ่งองค์ประกอบออกเป็น 2 ประเภท คือ

4.1.1 ต้องมีความคิดริเริ่ม (Originality)

คือ เป็นการทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ขึ้นโดยตัวของผู้สร้างสรรค์เอง ซึ่งผู้สร้างสรรค์ จะต้องใช้ความรู้ความสามารถของตนเองจนถึงระดับที่พอสมควรในงานที่ตนได้สร้างสรรค์นั้น ซึ่งมีได้ลอกเลียนแบบมาจากงานของบุคคลอื่น โดยมิได้รับอนุญาตหากผู้สร้างสรรค์งานนั้น

ออกมาแล้วแม้งานนั้นจะเหมือนหรือคล้ายกับงานของบุคคลอื่นก็ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้นโดยตนเอง¹

4.1.2 ต้องใช้ความรู้ ความอดสาหัส ฝีมือและแรงงาน (Skill and Labor)

การที่จะเป็นผู้สร้างสรรค์ได้้นอกจากจะต้องเกิดขึ้นจากความคิดริเริ่มของตนเองแล้ว ผู้สร้างสรรค์จะต้องทุ่มเทความรู้ความสามารถ สติปัญญา ความอดสาหัส ความเชี่ยวชาญที่ตนมีอยู่นั้น ในการทำหรือก่อให้เกิดงานที่ตนมีความคิดริเริ่มด้วย ซึ่งจะมีลิขสิทธิ์แต่ก็อาจจะทำให้เกิดปัญหาอยู่ว่า การที่จะใช้ความรู้ความสามารถดังกล่าวในระดับใดที่จะถือว่าได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย²

ดังนั้น งานสร้างสรรค์หมายความว่าจะต้องเป็นงานที่ทำหรือก่อให้เกิดขึ้นโดยความคิดริเริ่มของตนเองของผู้สร้างสรรค์ โดยต้องมีความเชื่อมโยงสอดคล้องกันระหว่างความนึกคิดของผู้สร้างสรรค์กับงานที่สร้างสรรค์ซึ่งเกิดขึ้นจากฝีมือของบุคคลนั้น ถ้าระดับความคิดริเริ่มไม่เพียงพอ ตามมาตรฐานของความพยายามงานนั้นก็ไม่สามารถเป็นงานอันพึงมีลิขสิทธิ์ได้ โดยเฉพาะงานที่เป็นพื้นฐาน (Original Works) อันได้แก่ งานวรรณกรรม นาฏกรรม ดนตรีกรรม และศิลปกรรม ความคิดริเริ่มนั้น นับเป็นส่วนสำคัญในการที่จะพิจารณาให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แห่งงานประเภทนั้นๆ ส่วนงานที่จะกำหนดว่างานใดที่มีความคิดริเริ่มเพียงพอหรือไม่ อาจจะพิจารณาได้จาก ทักษะในการสร้างสรรค์งานเข้ามาประกอบด้วย เช่น การวาดภาพทะเล ศิลปินอาจจะสร้างสรรค์ผลงานอาจใช้เวลาต่างกันได้โดยขึ้นอยู่กับทักษะและจินตนาการของแต่ละบุคคล เป็นต้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การสร้างสรรค์จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นประกอบกัน ซึ่งถือว่าเป็นส่วนสำคัญของการที่จะเป็นผู้สร้างสรรค์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ หากปราศจากหลักกฎหมายประการหนึ่งประการใดไปแล้ว ก็ไม่อาจถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้สร้างสรรค์ได้

นับตั้งแต่ประเทศไทยเริ่มให้การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นต้นมา งานศิลปกรรมก็เป็นงานสร้างสรรค์ประการหนึ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเรื่อยมา แต่ด้วยเหตุที่วิวัฒนาการของสังคมโลก ปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปและพัฒนาเรื่อยมากฎหมาย ก็จำเป็นต้องมีการพัฒนาตามไปด้วยเพื่อให้สอดคล้องกับยุคปัจจุบัน อาจจะต้องด้วยเหตุข้อตกลงระหว่างประเทศ ประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจหรือประเทศมหาอำนาจเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นผู้ทรงอิทธิพลในการที่จะเรียกร้องให้ประเทศกำลังพัฒนาได้มีการปรับปรุงกฎหมาย ประเทศไทยก็เช่นเดียวกันก็ได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญากรุงเบิร์นและก็ได้มีการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมที่สำคัญอยู่ 3 ฉบับ คือ

¹ ภูมิพันธ์ บุญนางเสวี. (2531). *วัตถุประสงค์ลิขสิทธิ์ศึกษารวมชาติและลักษณะของงาน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 53.

² ฉะนีง ภาไชย. (2532). *หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม. หน้า 237.

พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 (ฉบับปัจจุบัน) ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายก็ด้วยเหตุผลประการเดียวกัน คือ กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

การสร้างสรรคผลงานศิลปกรรมของผู้สร้างสรรค์ได้ถูกพัฒนามาอย่างมากทั้งเนื้อหาและวิธีการมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ เนื่องจากสังคมและสภาพแวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป ทั้งความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการเทคโนโลยีที่รวดเร็วและทันสมัยซึ่งมีบทบาทในชีวิตประจำวันและมีอิทธิพลแก่ผู้สร้างสรรค์ทำให้ผู้สร้างสรรค์มีอิสระที่จะเลือกสิ่งที่เหมาะสมกับตัวเองในการที่จะนำมาถ่ายทอดความคิดและจินตนาการ แต่ผลงานศิลปกรรมที่ได้รับการยอมรับอาจเป็นผลงานที่มีลักษณะเฉพาะตัวตามความถนัดในสื่อการแสดงออกมา

งานศิลปกรรมตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ให้คำนิยามไว้ว่า “ศิลปกรรม” หมายความว่า งานอันมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่าง ดังต่อไปนี้

1) งานจิตรกรรม ได้แก่ งานสร้างรูปทรงที่ประกอบด้วยเส้น แสง สี หรือสิ่งอื่นอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน ลงบนวัสดุอย่างเดียวกันหรือหลายอย่าง เช่น การวาดภาพวิวิทัศน์ การวาดภาพบนกลองบนแก้วกาเฟ

2) งานประติมากรรม ได้แก่ งานสร้างสรรค์ที่เกี่ยวกับปริมาตรที่สัมผัสและจับต้องได้ เช่น การสลักวัสดุเป็นรูปทรงต่างๆ รูปปั้น เป็นต้น

3) งานภาพพิมพ์ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ภาพด้วยกรรมวิธีทางการพิมพ์ และหมายความรวมถึงแม่พิมพ์หรือแบบพิมพ์ที่ใช้ในการพิมพ์ด้วย และควรเป็นการวาดหรือเขียนลงบนวัสดุจากการพิมพ์ด้วยหมึก

4) งานสถาปัตยกรรม ได้แก่ งานออกแบบอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง งานออกแบบตกแต่งภายในหรือภายนอกตลอดจนบริเวณของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างหรือการสร้างหุ่นจำลองของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง

5) งานภาพถ่าย ได้แก่ งานสร้างสรรค์ภาพที่เกิดจากการใช้เครื่องมือบันทึกภาพโดยให้แสงผ่านเลนส์ไปยังฟิล์มหรือกระจกและล้างด้วยน้ำยาซึ่งมีสูตรเฉพาะด้วยวิธีการใดๆ อันทำให้เกิดภาพขึ้นหรือการบันทึกภาพโดยเครื่องมือหรือวิธีการอย่างอื่น เช่น ภาพพระที่นั่งอนันตสมาคม เป็นต้น

6) ภาพประกอบ แผนที่ โครงสร้าง ภาพร่าง หรืองานสร้างสรรค์รูปทรงสามมิติ อันเกี่ยวกับภูมิศาสตร์ ภูมิประเทศหรือวิทยาศาสตร์

7) งานศิลปะประยุกต์ ได้แก่ งานที่นำเอางานตาม (1)-(6) อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกันไปใช้ประโยชน์อย่างอื่น นอกจากการชื่นชมคุณค่าของตัวงานดังกล่าวนั้น เช่น นำไปใช้สอย

นำไปตกแต่งวัสดุหรือสิ่งของอันเป็นเครื่องมือเครื่องใช้หรือนำไปใช้ประโยชน์ทางการค้า เช่น รูปหมี่มาทำเป็นหมอนตุ๊กตาหมี

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะงานตาม 1)-6) จะมีคุณค่าทางศิลปะหรือไม่และให้หมายความรวมถึง ภาพถ่าย และผังงานดังกล่าวด้วย

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มิได้ให้ความหมายโดยทั่วไปว่า ศิลปะ หมายถึง งานอย่างใด เพียงแต่ระบุว่าการอันมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่บัญญัติไว้ใน (1) ถึง (7) เท่านั้น ทั้งการคุ้มครองก็มีได้ค้ำึงถึงคุณค่าทางศิลปะ แต่เมื่อมีการสร้างสรรค์งานศิลปกรรมขึ้นก็ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามมาตรา 6 จึงมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในงานสร้างสรรค์ที่ได้ทำขึ้น สิทธิดังกล่าว คือ สิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการทำซ้ำหรือดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่นหรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ เมื่อลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมก็อาจจะถูกละเมิดสิทธิได้ จึงทำให้เกิดปัญหาว่าผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมได้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมที่เหมือนหรือคล้ายกับงานศิลปกรรมของตนเองจะถือว่าผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ของตนเองได้หรือไม่เพียงใด

การละเมิดลิขสิทธิ์นั้น หมายถึง การกระทำของบุคคลที่กระทำซ้ำหรือดัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ในงานของผู้สร้างสรรค์หรือของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์เมื่อพิจารณาบทบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 40 ก็อาจแปลความได้ว่าผู้สร้างสรรค์อาจจะละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมของตนเองได้ โดยการทำซ้ำหรือดัดแปลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ จึงจำเป็นต้องพิจารณาหลักการพื้นฐานของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น คือ ความคิดริเริ่มประกอบความรู้ความสามารถความชำนาญของผู้สร้างสรรค์ สำหรับงานศิลปกรรมเป็นศาสตร์ที่แตกต่างกับการสร้างสรรค์งานประเภทอื่น เพราะศิลปกรรมเป็นศาสตร์ที่เกี่ยวกับความงาม อารมณ์ และจินตนาการ เมื่อผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์งานขึ้นใหม่ในลักษณะหรือแนวทางคล้ายกับงานเก่าเนื่องจากตนมีความรู้ความสามารถหรือทักษะหรือลีลาหรือแบบฉบับของตนเองหากพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้วย่อมถือได้ว่าผู้สร้างสรรค์ย่อมละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมของตนเองได้ แต่จะใช้หลักเกณฑ์ใดในการที่จะนำมาพิจารณาตัดสินว่าทำซ้ำหรือดัดแปลงงานนั้น เมื่อไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนที่จะนำมากำหนดว่าบุคคลใดละเมิดลิขสิทธิ์ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้สร้างสรรค์เป็นการตัดโอกาสการใช้ความรู้ความสามารถของผู้สร้างสรรค์ เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับงานประเภทอื่นที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะเห็นได้ว่า การที่จะละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่นั้นมีวิธีการพิสูจน์ที่เห็นได้ชัดเจน ตัวอย่างเช่น งานวรรณกรรมหากมีบุคคลใดทำซ้ำหรือดัดแปลงก็เป็นที่เห็นได้ชัดเจน อีกทั้งบทบัญญัติ มาตรา 40 ก็ยังพบว่าเป็นการตัดโอกาสของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งมาตราดังกล่าว ได้บัญญัติใน

ลักษณะว่า แม้แต่ข้อมูลที่ได้ศึกษาที่ใช้ในศิลปกรรมเดิมหากมีการกระทำในลักษณะทำซ้ำ หรือ คัดแปลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ก็อาจจะละเมิดลิขสิทธิ์ได้

จากกรณีที่ถูกกล่าวมา ผู้สร้างสรรค์อาจจะละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมของตนเองได้ แต่ก็มีปัญหา คือ ไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการที่จะพิจารณาว่างานชิ้นใดได้มีการสร้างสรรค์โดยการแสดงออกซึ่งความคิด หรือทำซ้ำ หรือคัดแปลงงานศิลปกรรมเดิมหากงาน ที่ออกมานั้นมีความเหมือนหรือคล้ายกัน ซึ่งตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 “ทำซ้ำ หมายความว่า การคัดลอกไม่ว่าด้วยวิธีใด จากต้นฉบับ จากสำเนา หรือจากการโฆษณา ในส่วน อันเป็นสาระสำคัญ” และ “การคัดแปลง หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ ในส่วนอันเป็น สาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่” หากผู้สร้างสรรค์ได้กระทำในลักษณะดังกล่าว ก็ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานของตนเอง ต่างจากกรณีของการสร้างสรรค์งานศิลปกรรมของ บุคคลอื่น ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาของไทย เมื่อได้มีการสร้างสรรค์งานขึ้นมาจาก ความคิดริเริ่มของตนเองของผู้สร้างสรรค์ แม้ว่างานนั้นจะเหมือนหรือคล้ายกับงานอันมีลิขสิทธิ์ของ บุคคลอื่นก็ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยมีจำต้องนำหลักการทำซ้ำหรือ คัดแปลงมาพิจารณา เมื่อมีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาล ผู้เขียนเห็นว่า การที่จะนำเอาตัวผู้กระทำ ความผิด ก็คือ ผู้สร้างสรรค์มาดำเนินคดีอาญาในฐานะละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมของตนเอง อาจจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายในฐานะความผิดดังกล่าวอาจจะไม่มีประสิทธิภาพ เพราะการ พิจารณาคดีอาญาในการที่นำสืบถึงการกระทำความผิดนั้น หากกรณีเป็นที่สงสัยว่าจำเลยกระทำ ความผิดจริงหรือไม่ให้ยกผลประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยและในที่สุดแล้วศาลก็จะต้องมี คำพิพากษายกฟ้องนี่ก็เป็นอีกประการหนึ่งที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศ งานอันเป็นวัตถุแห่งลิขสิทธิ์ รวมถึงงานรวบรวมและงานคัดแปลงงานที่มีลักษณะริเริ่มด้วยตนเอง หมายถึง งานที่ผู้สร้างสรรค์ทำขึ้น โดยอิสระมิได้ลอกเลียนหรือคัดแปลงจากงานลิขสิทธิ์อื่น แม้จะเหมือนกับงานลิขสิทธิ์อันที่มีอยู่ ก่อนแล้ว ในต่างประเทศก็ยังมีคดีที่มีปัญหาที่เห็นได้ถึงความขัดแย้งในปัญหาที่เหมือนกันหรือไม่

ดังนั้น การที่จะละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมของตนเองหรือไม่ จะต้องพิจารณา หลักการพื้นฐานของการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ คือ จะต้องมีความคิดริเริ่ม ความรู้ความสามารถของตนในการที่จะสร้างสรรค์งานออกมา และต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของ กฎหมายไปพร้อมกันด้วย เพราะจากบทบัญญัติ มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จึงจำเป็นต้องพิจารณาบททวนบทบัญญัติดังกล่าว เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมของศิลปินด้วย

จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์จะคุ้มครองถึงงานที่เหมือนหรือคล้ายกันย่อมเป็น การยากสำหรับการวินิจฉัยและตัดสิน

4.2 ปัญหาในการคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์และสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

การที่มีบทบัญญัติคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น นับว่าเป็นกฎหมายที่ดีที่จะทำให้บุคคลผู้สร้างสรรค์งานนั้น ได้มีโอกาสมีกำลังใจในการสร้างสรรค์งานใหม่ๆ ขึ้นมา แม้กฎหมายจะคุ้มครองงานที่ได้มีการสร้างสรรค์ขึ้นแล้ว กฎหมายยังคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์และสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์อีกด้วย เพราะผู้สร้างสรรค์กับเจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะไม่ใช่บุคคลคนเดียวก็ได้ โดยจะพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายดังต่อไปนี้ ให้คำนิยามคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” หมายความว่า ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ และในมาตรา 15 ได้บัญญัติว่า เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ย่อมทำให้เห็นว่าผู้สร้างสรรค์กับเจ้าของลิขสิทธิ์อาจไม่ใช่บุคคลคนเดียว

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยอันเกี่ยวกับงานศิลปกรรมแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมุ่งคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์มากกว่าคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์และตามบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์มีมาตรการลงโทษทางอาญาดังจะได้กล่าวต่อไปในประเด็นข้อที่ 3 ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองงานศิลปกรรมนั้นเกี่ยวกับสิทธิของผู้สร้างสรรค์ และเจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะพิจารณาได้จากดังเช่นกรณี การว่าจ้างทำของตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของระบบกฎหมายเอง โกลแซกซอน (Angle-Saxon System) ซึ่งมุ่งทำประโยชน์ทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ ครั้งนี้เพื่อชักจูงใจให้มีผู้คิดลงทุนสร้างสรรค์งานมากขึ้น ผู้ใดเป็นผู้ลงทุนจึงให้ลิขสิทธิ์เป็นของผู้นั้น เมื่อผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างทำของที่มุ่งถึงผลสำเร็จของงานเป็นผู้ลงทุน กฎหมายจึงกำหนดให้ลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ตกเป็นของผู้ว่าจ้าง ตัวอย่างเช่น นาย ก. ว่าจ้าง นาย ข. วาดภาพวิว โดยตกลงจะจ่ายค่าจ้างให้โดยกำหนดลักษณะของภาพ นาย ข. ได้ใช้ทักษะศิลปะของตนในการวาดภาพดังกล่าวนั้นขึ้นตามกฎหมายบัญญัติให้ถือว่าลิขสิทธิ์เป็นของ นาย ก. กฎหมายไม่ได้คุ้มครอง นาย ข. นอกจากสิทธิทางศีลธรรม หาก นาย ข. มีการทำซ้ำหรือดัดแปลงขึ้นมาก็เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของ นาย ก.

จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ผู้สร้างสรรค์ตามความหมายของมาตรา 10 ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับงานศิลปกรรมก็ไม่แตกต่างอะไรกับช่างฝีมือ เป็นการจ้างทำของธรรมดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ซึ่งบัญญัติว่า อันว่าจ้างทำของนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แล้ว ผลที่เหมือนกัน คือ เพื่อผลสำเร็จของงาน แต่กฎหมายใช้คำต่างกัน

คือ ตามมาตรา 587 ใช้คำว่า “ผู้รับจ้าง” ส่วนพระราชบัญญัติสิทธิใช้คำว่า ผู้สร้างสรรค์ ดังนั้น การที่กฎหมายต้องการคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์อย่างแท้จริงแล้วก็ควรที่ให้สิทธิของผู้สร้างสรรค์ในการที่จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ส่วนการที่ผู้ว่าจ้างจะได้สิทธิในการที่จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ควรจะเป็นเรื่องของข้อตกลงโดยสัญญา และกรณีตามมาตรา 9 ซึ่งกฎหมายของไทยได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายของยุโรป (Continental European System) ที่มุ่งคุ้มครองผู้สร้างสรรค์เพราะเมื่อถูกจ้างใช้ความสามารถของตนในการริเริ่มสร้างสรรค์ก็ย่อมที่จะทำให้ผู้สร้างสรรค์มีลิขสิทธิ์ในตัวตนนั้น การบัญญัติกฎหมายอันเกี่ยวกับลิขสิทธิ์นั้นหากไม่มีความชัดเจนก็อาจจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม และไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ต้องการให้บุคคลสร้างสรรค์งานขึ้นมาและก็จะได้รับความคุ้มครองให้

ประการต่อมา คือ กรณีตามมาตรา 62 ที่มีบทบัญญัติของกฎหมายมีความกระทบต่อสิทธิของผู้สร้างสรรค์เป็นอย่างมากเนื่องจากกฎหมายกำหนดบทสันนิษฐานของกฎหมายที่นับว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ และกระทบต่อแนวทางการพิสูจน์ความคิดของผู้สร้างสรรค์ในกรณีเห็นว่าผู้สร้างสรรค์ละเมิดลิขสิทธิ์โดยไม่เป็นไปตามหลักทั่วไป ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 สำหรับคดีแพ่งนั้นไม่มีปัญหาสำหรับคดีละเมิดลิขสิทธิ์เพราะแม้บัญญัติไว้เช่นนั้นก็ตาม ผู้สร้างสรรค์ก็อาจจะพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ ในการดำเนินคดีทางอาญา ซึ่งมาตรา 62 วรรค 1 บัญญัติว่า คดีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์หรือสิทธิเกี่ยวกับนักแสดงตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่างานที่มีการฟ้องร้องในคดีนั้น เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามพระราชบัญญัตินี้ และโจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือสิทธิของนักแสดงในงานดังกล่าว เว้นแต่จำเลยจะโต้แย้งว่าไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงหรือโต้แย้งสิทธิของตนบทบัญญัติดังกล่าว นับว่าไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรค 2 ที่บัญญัติว่า ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และมาตรา 40 “บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรมดังต่อไปนี้ (1) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริงข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือ คำสั่ง” อันเป็นสิทธิในกระบวนการยุติธรรมขั้นพื้นฐานของประชาชน

บทบัญญัติใน มาตรา 62 ก็นับว่าเป็นกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิในกระบวนการยุติธรรมของผู้สร้างสรรค์เป็นอย่างมาก เพราะการสร้างสรรคงานนั้น ผู้สร้างสรรค์กับเจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะ

มิใช่บุคคลคนเดียวกัน และมาตราดังกล่าวก็เป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นการ ผลักภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับจำเลยหรือผู้สร้างสรรค์หากมีการฟ้องคดี ซึ่งการที่จะใช้สิทธิทางอาญา อันเป็นการกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น โจทก์จะต้องพิสูจน์สิทธิของตนเองก่อนว่ามีสิทธิอย่างไร เช่น การที่จะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานดังกล่าวอาจจะต้องมีการจดแจ้งสิทธิของตนต่อ คณะกรรมการสิทธิก่อน เหล่านี้เป็นต้น และจาก มาตรา 62 ก็มีลักษณะเสมือนว่าผู้ที่ถูกฟ้องคดี เป็นผู้กระทำความผิด และเป็นการจำกัดสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดีอีกด้วย

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ เห็นว่า เหตุแห่งการกำหนด ข้อสันนิษฐานดังกล่าวไม่น่าจะมาจากเหตุผลที่กฎหมายลิขสิทธิ์ประสงค์ที่จะผลักภาระการพิสูจน์ ไปให้จำเลยโดยอาศัยเหตุผลที่ว่า ปกติจำเลยเป็นผู้รู้เห็นหรือเป็นผู้ครอบครองพยานหลักฐาน ดีกว่าโจทก์ เพราะโดยสภาพโจทก์ซึ่งเป็นผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์หรือแม้จะเป็นผู้รับ โอนลิขสิทธิ์ มาจากผู้สร้างสรรค์ก็ทอดค้ำตาม ย่อมจะมีข้อมูลหรือหลักฐานว่างานที่นำมาฟ้องนั้นเป็นงาน สร้างสรรค์ที่ครบเงื่อนไขในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ หรือโจทก์ได้รับ โอนมาโดยชอบหรือไม่ มากกว่าจำเลยหรือบุคคลอื่น จึงเห็นว่าการกำหนดข้อสันนิษฐานความมี ลิขสิทธิ์ในงานที่ฟ้องร้องและ โจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าว เป็นสิ่งสำคัญใน กระบวนการบังคับตามสิทธิของตน

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าบทบัญญัติ มาตรา 62 เป็นการกระทบต่อสิทธิของผู้สร้างสรรค์ งานศิลปกรรมเป็นอย่างยิ่ง เพราะงานศิลปกรรมต่างจากงานประเภทอื่น เพราะการสร้างสรรคงาน ศิลปกรรม เนื่องจากการสร้างสรรค์งานศิลปกรรมจะต้องใช้ความรู้ความชำนาญ ฝีมือเฉพาะตัว ของผู้สร้างสรรค์ และงานศิลปกรรมอาจจะเหมือนกับงานเดิมได้ และงานที่ได้มีการสร้างสรรค์งาน เดิมกับงานใหม่ยังไม่มีหลักการทางกฎหมายที่จะมุ่งคุ้มครองที่แน่นอนว่างานใดเป็นงานที่ทำซ้ำ หรือคัดแปลง หรือเป็นงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นมา

ดังนั้น หากมีการฟ้องร้องคดีกันในลักษณะนี้ขึ้นมาอาจจะทำให้ผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรม หมดกำลังใจในการสร้างสรรค์งานนั้นได้ หากพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายในความสัมพันธ์ ระหว่างผู้สร้างสรรค์กับเจ้าของลิขสิทธิ์การได้สิทธิมานั้น ล้วนเป็นเรื่องของสัญญาทั้งสิ้น จึงไม่ควร ที่จะนำบทสันนิษฐานอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดมาใช้กับงานศิลปกรรมในคดีอาญาด้วย

4.3 ปัญหาการลงโทษทางอาญาแก่ผู้สร้างสรรค์ในการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรม ภาพวาดของตนเองที่ผู้อื่นมีลิขสิทธิ์

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญา ก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดนั้นบัญญัติเป็นความผิดและ

กำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” การกระทำความผิดทางอาญานั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อสังคม กฎหมายลิขสิทธิ์ก็เช่นเดียวกัน ได้มีการบัญญัติมาตรการการลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์แก่งาน โดยตรงไว้ใน มาตรา 69 ส่วนการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมไว้ใน มาตรา 70 ซึ่งบัญญัติคำว่า “ผู้ใด” ดังนั้น ผู้ที่จะกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ได้นั้นจึงเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล หรือผู้สร้างสรรค์เองก็สามารถทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์และจะต้องรับโทษทางอาญาได้ด้วย เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว ก็เพื่อที่จะคุ้มครองประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ให้มีการสร้างสรรค์งานต่างๆ ออกมา จากบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาที่จะทำให้ผู้สร้างสรรค์ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นอาจจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์

จากมาตรการลงโทษทางอาญาที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 69 และมาตรา 70 เป็นการบัญญัติที่ครอบคลุมงานทุกประเภททุกระดับของการสร้างสรรค์รวมถึงงานศิลปกรรมด้วย ซึ่งผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมอาจต้องรับโทษทางอาญาได้ด้วยหากงานนั้นมีลักษณะเป็นงานคัดลอกงานศิลปกรรมเดิมจนอาจเหมือนคล้ายกับงานศิลปกรรมเดิมในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงานเดิม เพราะผู้สร้างสรรค์เดิมกับเจ้าของลิขสิทธิ์อาจจะไม่ใช่บุคคลเดียวกันก็ได้ จึงทำให้เกิดปัญหาว่าเมื่อการคัดลอกไม่ว่าโดยวิธีการใดๆ ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่จะถือว่าเป็นการทำซ้ำหรือการทำให้ซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบใหม่ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะจัดทำขึ้นใหม่อันจะถือว่าเป็นการดัดแปลง หากผู้สร้างสรรค์คนเดิม กระทำการดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเพราะเป็นเรื่องของอารมณ์และความรู้สึกอาจจะกระทบต่อผู้สร้างสรรค์ได้

กรณีดังกล่าวเป็นการชี้ให้เห็นว่ามาตรการลงโทษผู้สร้างสรรค์งานศิลปกรรมนั้นเหมาะสมหรือไม่เพียงใด อีกทั้งผู้สร้างสรรค์หากกระทำเพื่อการค้าก็จะต้องระวางโทษจำคุกหรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศ ก็ยังพบว่ามีปัญหาเช่นเดียวกันว่างานใดจะถือว่าเป็นการทำซ้ำเมื่อมีการคัดลอกหรือดัดแปลงมาจากของเดิมที่มีอยู่อันจะถือเป็นการทำซ้ำงานเดิมหรือไม่นั้นพบว่า ในต่างประเทศเมื่อเกิดมีคดีขึ้นมาศาลก็ยังตัดสินขัดแย้งกันบางคดีเกิดขึ้นคล้ายกันศาลยังตัดสินไปในทางตรงกันข้ามกัน

การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานศิลปกรรมได้มีการกำหนดบทลงโทษทางอาญา ในปัจจุบันส่วนใหญ่การใช้สิทธิทางอาญามากกว่าการใช้สิทธิในทางแพ่งเพราะกระบวนการดำเนินคดีทางศาลเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ในทางอาญานั้นอาจจะชัดเจนกว่าและภาระการพิสูจน์ของโจทก์น้อยกว่าการใช้

สิทธิในทางแพ่ง เช่น การพิสูจน์ค่าเสียหาย หากการใช้สิทธิทางอาญาการที่ศาลกำหนดค่าปรับกึ่งหนึ่งก็จะตกเป็นของโจทก์อยู่แล้วและค่าปรับกึ่งหนึ่งก็ถือว่าเป็นการชำระค่าเสียหายให้กับโจทก์ สำหรับการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับงานที่เหมือนหรือคล้ายกับงานศิลปกรรมเดิมของผู้สร้างสรรค์ อันอาจจะมีลักษณะเหมือนกับการทำซ้ำโดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณาแน่นอนได้ กฎหมายก็ควรที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ซึ่งสอดคล้องกับระบบลิขสิทธิ์ภาคพื้นยุโรป ที่ถือว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์ และงานที่สร้างสรรค์ขึ้นเป็นการสะท้อนบุคลิกภาพและสติปัญญาของผู้สร้างสรรค์

ผู้เขียนเห็นว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ที่จะต้องรับโทษในทางอาญาสำหรับงานศิลปกรรมนับว่าเป็นการจำกัดสิทธิของผู้สร้างสรรค์ ในการที่จะสร้างสรรค์งานแม้ว่างานนั้นจะเหมือนหรือคล้ายกับงานศิลปกรรมเดิมของตนหากพิจารณากฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว การที่จะให้บุคคลใดเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ มาจากหลักการพื้นฐานของสัญญาทั้งสิ้น ดังนั้น หากจะต้องมีการดำเนินคดีก็ควรที่จะเป็นการใช้สิทธิของเรื่องทางแพ่ง ในการที่จะให้โจทก์พิสูจน์ว่าตนได้รับความเสียหายเพียงใด เพราะเมื่อมีการฟ้องคดีขึ้นมากฎหมายก็กำหนดโทษขั้นต่ำไว้ว่าต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองหมื่นบาท และแนวทางในการต่อสู้คดีก็บัญญัติเป็นการจำกัดสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดี และตัดโอกาสในการที่จะให้จำเลยได้ต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่

การที่ได้มีบทบัญญัติมาตรการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา นั่นก็คือเป็นการคุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นหลัก เพราะการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้กระทำละเมิดนั้นได้กระทำเพื่อทางการค้า ก็ถือว่าบุคคลนั้นละเมิดลิขสิทธิ์ได้ และการที่ประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนา ดังนั้นการกำหนดบทลงโทษทางอาญาของประเทศไทยน่าจะนำกฎหมายลิขสิทธิ์ของทางระบบภาคพื้นยุโรปที่มุ่งคุ้มครองผู้สร้างสรรค์มากำหนดบทลงโทษ เพื่อจะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้สร้างสรรค์ได้มีการต่อยอดงานเดิมที่มีอยู่แล้วให้ดียิ่งขึ้น

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า มาตรการการลงโทษในกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ว่าจะเป็นในต่างประเทศของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์ก็ยังมีปัญหาความวินิจฉัยที่ขัดแย้งกัน ในการที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ใดเป็นการทำซ้ำหรือปัญหาว่าผู้ใดมีลิขสิทธิ์ในงานที่สร้างสรรค์ขึ้นมาดังกล่าว